

A importância da proporcionalidade e da ponderação de interesses na solução do conflito entre os princípios jurídicos

Autora: Sayonara Gonçalves da Silva Mattos

Juíza Federal Substituta, Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ

Publicado na Edição 16 - 23.02.2007

Sumário: 1. Importância dos princípios: antecedentes históricos. 2. Normas jurídicas: Princípios e Regras. 2.1. Critérios para distinção entre princípios e regras. 3. Soluções para o conflito entre normas jurídicas. 3.1. Critérios tradicionais. 3.2. Outras formas de solução: a proporcionalidade e a ponderação de interesses. Bibliografia.

Resumo: O reconhecimento da normatividade dos princípios no ordenamento jurídico é consequência lógica da nova compreensão do Direito, que não pode mais ser indiferente aos valores nem estar dissociada dos ideais de Justiça. O abandono do positivismo legalista fez com que os princípios saltassem dos códigos, onde possuíam apenas aplicação supletiva e subsidiária, para tomar o corpo das Constituições dos Estados modernos, passando a informar, a fundamentar e a integrar toda a ordem jurídica. O desafio do intérprete é, pois, encontrar sempre a melhor solução, sopesando os interesses e atribuindo a cada um dos princípios envolvidos a maior eficácia possível, não desprezando a força normativa de que são dotadas as normas constitucionais.

1. Importância dos princípios: antecedentes históricos

As sociedades contemporâneas caracterizam-se, principalmente, pela pluralidade de valores e de concepção de bem.⁽¹⁾ Diferente de outras épocas, as sociedades democráticas modernas trazem consigo a marca da diferença. Ao mesmo tempo, compartilham da crença de que a todos deve ser garantida vida digna,⁽²⁾ valor primeiro a ser protegido em um Estado democrático de Direito, considerado princípio e fundamento do Estado Brasileiro.

As demandas sociais do mundo contemporâneo passaram a impor uma concepção substantiva de justiça, que a compreensão formal do fenômeno jurídico, defendida pela escola positivista, não tinha como abrigar.⁽³⁾

Desde a segunda metade do século XX, especialmente com os acontecimentos que sucederam na Alemanha, as idéias centrais do positivismo jurídico, ideologia dominante até então, entraram em

declínio, e o fenômeno jurídico já não pode mais ser compreendido de forma isolada.

A total separação entre direito e moral, assim como a crença irrestrita na legitimidade da norma em razão da sua inserção formal no ordenamento jurídico,(4) foram caros à humanidade, que presenciou enormes atrocidades cometidas “em nome da lei”.

Sob a ótica positivista, a forma como foi construído o ordenamento, o caminho percorrido para a composição do corpo legislativo e, ainda, o procedimento utilizado não exercem qualquer influência no reconhecimento da ordem jurídica pela sociedade a que se destina. A ordem jurídica é legítima pelo simples fato de ter sido estabelecida pelo legislador, em obediência ao que foi formalmente instituído. Nesse contexto, o direito confunde-se com a lei e, desconsiderando qualquer relação entre direito e moral, pressupõe a existência de uma neutralidade axiológica.(5)

Os movimentos totalitários que marcaram o século XX, dentre os quais o nazismo, na Alemanha, e o fascismo, na Itália, utilizaram-se da lógica positivista e acabaram por demonstrar a total impropriedade da redução do direito à lei. Como se sabe, os principais acusados do Julgamento de Nuremberg argüiram, em sua defesa, terem agido de acordo com as leis vigentes na Alemanha à época dos fatos e em obediência a ordens emanadas de autoridades superiores, cujo cumprimento, especialmente no âmbito militar, não deve ser questionado pelos subalternos.

O declínio dos ideais positivistas desencadeou uma profunda reflexão do fenômeno jurídico, que já não podia mais ser compreendido apenas no seu aspecto formal. A necessária relação entre valores, princípios e regras, bem como o reconhecimento da Constituição como decisão política fundamental e a reaproximação entre o direito e a moral,(6) além das questões atinentes à legitimidade do poder,(7) tornaram-se a tônica desta reflexão, denominada pela doutrina de pós-positivismo.

Na Europa continental e nos países de influência romano-germânica,(8) até meados do século XX, a Constituição não era compreendida efetivamente como norma jurídica, mas sim como norma dirigida aos poderes constituídos, especialmente ao Legislativo, não estando “disponível” aos indivíduos ou ao juiz.(9)

Com o declínio das idéias positivistas, consolidou-se o entendimento de que a Constituição possui força normativa, que as normas constitucionais são normas jurídicas – ainda que dotadas de peculiaridades(10) – e que, como tal, reclamam efetividade.

Inegavelmente, a Constituição ampliou seus papéis, pois, além de estruturar o Estado, passou a refletir as decisões políticas fundamentais, estabelecendo as prioridades, os objetivos e as finalidades a serem perseguidos pelo mesmo. As cartas constitucionais elaboradas após a Segunda Guerra tornaram-se indicativo fundamental dos valores compartilhados pela sociedade,⁽¹¹⁾ fixando metas a serem alcançadas pelo Estado, que deve pautar sua atuação para a concretização das mesmas.

Em decorrência, o reconhecimento da normatividade dos princípios, explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico, surge como consequência lógica da nova compreensão do Direito, que não pode mais ser indiferente aos valores, nem estar dissociada dos ideais de justiça.⁽¹²⁾

Sob a forma de normas-princípios, os valores sociais – aí incluída necessariamente a idéia de justiça – passaram a integrar o ordenamento jurídico, não apenas como pressuposto filosófico, mas como verdadeiras normas jurídicas, reclamando efetividade. Como consequência, a concretização dos princípios, das finalidades e dos objetivos assinalados na Constituição deixa de ser uma opção meramente política para se inserir definitivamente no debate jurídico.⁽¹³⁾

Embora a discussão sobre o ideal de uma sociedade justa e de sua estrutura normativa tenha surgido na filosofia política, tendo como marco inicial a obra de John Rawls publicada em 1971 – *A Theory of Justice* –, é certo que ingressou na seara jurídica e dela não pode se afastar.⁽¹⁴⁾ As relações entre a ética, o direito e a política tornaram-se o tema central do debate atual da filosofia política. As discussões sobre o ideal de uma sociedade justa e a estrutura normativa adequada a tal finalidade têm ocupado boa parte do debate contemporâneo, do qual participam filósofos políticos – que deram início ao debate –, filósofos do Direito e constitucionalistas.

Na seara jurídica, um dos principais temas refere-se ao papel da Constituição, bem como à função desempenhada pelos princípios constitucionais, especialmente no que diz à sua normatividade e eficácia.

Nesta perspectiva, é inegável que a normatividade dos princípios é um dos pilares do constitucionalismo na atualidade, razão pela qual a distinção entre os princípios e as regras vem ganhando destaque no debate contemporâneo, quer na doutrina,⁽¹⁵⁾ quer na jurisprudência.

2. Normas jurídicas: princípios e regras

Os princípios são normas e as normas compreendem os princípios e as regras, explica Paulo Bonavides apoiado nas importantes contribuições que têm dado ao Direito inúmeros autores, dentre os quais Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Robert Alexy, deixando absolutamente claro que o atual estágio do constitucionalismo já não pode ser traduzido como sendo o do debate entre princípio e norma, mas sim entre princípio e regra, sendo ambas espécies do gênero norma jurídica.(16)

Demais disso, de acordo com o citado autor, os princípios não estão apenas formalmente no topo da pirâmide normativa. Ao contrário, sua supremacia é, sobretudo, material, pois revelam a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. Nesta perspectiva, são concebidos como a viga mestra de todo o sistema jurídico,(17) fundamento da legitimidade constitucional, sendo impossível, nos dias atuais, ignorar a hegemonia e a preeminência dos princípios.

No que se refere à distinção entre princípios e regras, a doutrina aponta a existência de pelo menos duas concepções: uma defende que a diferença é qualitativa, e outra afirma que a diferença está situada apenas na gradação da norma. A primeira pode ser denominada de “concepção forte”, e a segunda, de “concepção débil” ou “fraca” dos princípios.

Para os autores da “corrente fraca” dos princípios, dentre os quais se destacam Esser, Larenz e Canaris, os princípios são normas dotadas de maior grau de generalidade e abstração. Diferente das regras, que possuem uma hipótese e uma consequência necessária (caráter hipotético-condicional), os princípios não podem ser aplicados diretamente e sua função é indicar qual o fundamento normativo para a tomada de decisão. Além disso, em razão do caráter axiológico de que são dotados, os princípios apenas informam a regra a ser aplicada, dependendo desta para a sua concretização.

Para essa corrente, a diferença entre princípio e regra está na gradação da norma, pois, dado que os princípios são dotados de maior carga valorativa, ao mesmo tempo em que se encontram no topo do ordenamento jurídico, dependem, em razão do seu alto grau de abstração, das regras jurídicas para serem aplicados.

Já para os integrantes da “concepção forte” dos princípios, dentre os quais Dworkin e Alexy, a distinção entre princípio e regra não está apenas no grau de abstração atribuído à norma, mas sim na sua estrutura, razão pela qual afirmam a existência de uma diferença lógica e qualitativa entre as denominadas “normas regras” e “normas princípios”.

De acordo com Dworkin, a distinção entre princípios e regras é acima de tudo de caráter lógico, pois, ao contrário das regras, os princípios não expressam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando se dão as condições previstas.(18)

Ao contrário das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada (all or nothing), os princípios atuam na dimensão do peso, ausente quando se trata de regras. Essa característica ganha especial relevo quando dois princípios colidem, pois, neste caso, a busca da solução mais adequada passa necessariamente pela análise da importância ou do peso de cada um dos princípios envolvidos, a fim de que se possa escolher qual dos dois prevalecerá naquela situação concreta.

Procedimento diverso ocorre com as regras: dado determinado fato, ou a regra é válida e deverá ser aplicada, ou a mesma é inválida para o caso concreto e, em decorrência, não será aplicada.

Enquanto as regras operam no campo da validade, os princípios atuam na dimensão do peso, sendo aplicados na maior medida do possível. Em decorrência, eventuais conflitos entre regras são, em geral, apenas aparentes, já que, no mais das vezes, haverá uma regra do próprio ordenamento – denominada cláusula de exceção – capaz de equacionar a antinomia. Caberá ao intérprete, nesses casos, identificar qual é a regra válida e aplicá-la ao caso concreto.

Como se vê, a distinção proposta por Dworkin baseia-se sobretudo no modo de aplicação e no relacionamento normativo das espécies analisadas.

Na mesma direção, Alexy afirma que os princípios são normas que prescrevem algo a ser efetivado da melhor forma possível ou, em outras palavras, na maior medida do possível, considerando as condições fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Os princípios, para esse autor, são normas por meio das quais se estabelecem “mandados de otimização”, aplicáveis em vários graus, de acordo com as possibilidades do caso concreto, conforme explica o autor,

“(…) los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.(19)

Sob essa perspectiva, dado que atuam na dimensão do peso, os princípios têm como característica exatamente o fato de poderem ser cumpridos desta ou daquela forma, sendo passíveis de flexibilização.

Para esta corrente, frente à situação concreta, havendo colisão entre dois ou mais princípios, poderá prevalecer um ou outro, sem que isso exclua a aplicação de qualquer deles. Isto porque do fato de um princípio ter mais peso ou importância não decorre a invalidade do outro, que permanece tanto válido quanto eficaz, ainda que em menor grau.

Em síntese, para os defensores da “corrente forte”, um dos princípios cede espaço para o outro e, ao contrário do que se poderia supor, não são incompatíveis entre si, mas sim concorrentes, o que permite, em cada caso concreto, o balanceamento dos valores que refletem.(20) Precisamente por isso, de acordo com o autor germânico, a aplicação de um princípio pode ser compreendida sob a perspectiva de uma cláusula de reserva: “tal princípio é aplicado se, no caso concreto, outro princípio não obtiver maior peso”, sendo certo que quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro.(21)

2.1. Critérios para distinção entre princípios e regras

A doutrina constitucional, seja na concepção forte, seja na concepção fraca de princípios, vem adotando algumas características para a distinção entre os dois tipos de normas jurídicas, quais sejam, os princípios e as regras.

Dentre os critérios(22) enumerados pela doutrina, pode-se citar os seguintes: (23)

(a) o grau de abstração, que seria maior nos princípios do que nas regras. Ao contrário das regras, que prescrevem com maior exatidão a realização de determinado comportamento, os princípios prescrevem uma finalidade a ser atingida sem estabelecer, com precisão, qual o resultado a ser atingido, do que se conclui possuírem maior grau de abstração do que as regras, cujo conteúdo é facilmente verificável.

(b) o caráter axiológico, mais presente nos princípios do que nas regras. Segundo esse critério, os princípios são dotados de maior carga valorativa, estando diretamente ligados à idéia de valor e de direito, enquanto as regras vinculam a prescrição de determinado comportamento.

(c) a função no ordenamento e o grau de fundamentalidade, dado que os princípios irradiam seus efeitos por todo o ordenamento, conferindo-lhe unidade e ordenação, razão pela qual possuem papel fundamental e estruturante do mesmo,(24) situando-se no topo da pirâmide normativa.(25)

(d) o modo de aplicação e o grau de determinabilidade, que indica serem as regras suscetíveis de aplicação imediata, enquanto os princípios, exatamente por serem mais abstratos, dependem de mediações concretizadoras, tanto do legislador quanto do juiz. Além disso, de acordo com esse critério, as regras atuam na forma “se A, então B” e obedecem à lógica do tudo ou nada, de forma que “se A ocorre, então B é a consequência necessária que deve ser aplicada”, motivo pelo qual só admitem duas situações: ou são válidas e, neste caso, devem ser aplicadas, ou são inválidas e não têm aplicação. Já os princípios, por constituírem “mandados de otimização”, atuam de forma diversa e determinam que algo deve ser aplicado na maior medida do possível, em maior ou menor grau, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada situação.

(e) o relacionamento normativo, baseado no fato de que as regras, por atuarem no campo da validade, só deixam de ser aplicadas quando houver uma outra regra que lhes excepcione, enquanto os princípios, por atuarem na dimensão do peso, dependem do balanceamento dos valores que refletem.

Das distinções apontadas decorre que os critérios tradicionalmente utilizados para a solução de conflitos entre as regras não resolvem as colisões entre princípios.

3. Soluções para o conflito entre normas jurídicas

3.1. Critérios tradicionais

Os critérios tradicionalmente utilizados para a solução das antinomias, a saber, o cronológico, o da especialidade e o da hierarquia,⁽²⁶⁾ conquanto capazes de solucionar o conflito entre as regras, têm se mostrado insuficientes para a resolução da tensão existente entre dois princípios constitucionais.

De acordo com Norberto Bobbio, o critério cronológico estabelece que, entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. O critério encontra fundamento na idéia de que é a última vontade do legislador que deve imperar. No Brasil, a utilização desse critério encontra-se positivada na Lei de Introdução do Código Civil, que, no art. 2º, § 1º, dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior”.

O critério hierárquico, por seu turno, impõe que, no confronto entre duas normas, deve prevalecer a de hierarquia superior: *lex superior derogat inferiori*. De fato, nos ordenamentos jurídicos que adotam

sistema hierarquizado entre as normas jurídicas é pacífica a idéia de que as normas inferiores buscam validade nas de categoria superior, assentando-se, todas elas, ao final, na Constituição Federal, eleita norma fundamental, pressuposto último de validade de todo o ordenamento jurídico.

Por fim, o critério da especialidade determina que, no confronto entre duas normas aparentemente inconciliáveis e antagônicas, prevalece aquela que for especial, em detrimento da norma geral que, neste caso, deixa de ser aplicada: *lex specialis derogat generali*.

Ocorre que como os princípios não operam no campo da validade, mas sim da dimensão do peso, os critérios acima descritos não são suficientes para solucionar situações nas quais dois ou mais princípios constitucionais entram em colisão. Aliás, é exatamente porque ambos são válidos e dotados de força normativa que se verifica a tensão.

3.2. Outras formas de solução: a proporcionalidade e a ponderação de interesses

A Constituição Federal de 1988, na medida em que define os objetivos fundamentais do Estado e é compreendida como uma "ordem concreta de valores", encontra-se permeada do espírito comunitário,(27) seja porque buscou elaborar um "projeto social" integrado pelos valores compartilhados, atribuindo um fundamento ético à estrutura normativa,(28) seja porque estabeleceu um conjunto de instrumentos processuais adequados ao exercício da autonomia pública dos cidadãos.

Precisamente por isso, traz consigo normas que, *prima facie*, e especialmente diante do caso concreto, parecem incompatíveis, pois refletem a pluralidade de valores presente na sociedade atual.

A propósito, Gustavo Zagrebelsky aponta que, nas sociedades pluralistas atuais, o papel da Constituição já não é tanto o de estabelecer um projeto predeterminado de vida em comum, mas sim o de criar condições para que a mesma se desenvolva. Para que isso seja possível, é essencial a coexistência de valores e princípios diversos, que devem assumir caráter necessariamente não absoluto, sob pena de inviabilizar a concretização da norma.(29)

Neste contexto, a hermenêutica constitucional não pode estar dissociada dos valores que lhe são subjacentes e constituem o fundamento ético da estrutura normativa, devendo, por isso mesmo, orientar a aplicação da norma constitucional.

Ao contrário do que pretendeu a escola positivista,(30) a compreensão de uma norma jurídica não ocorre de forma objetiva e

sua aplicação não depende apenas da “mera subsunção” do fato à norma, sendo necessário que o intérprete apreenda o seu conteúdo e, no momento de aplicá-la, acolha, de modo adequado, a valoração nela contida.(31)

A interpretação da norma, especialmente no que se refere aos dispositivos constitucionais, porque orientada à realização da justiça e à concretização da dignidade humana, não pode prescindir da compreensão da realidade social, impondo-se, na solução do caso concreto, a ponderação entre os valores envolvidos.

A questão ganha especial relevância quando a tensão entre as normas – e, por que não dizer, entre os valores – se dá no âmbito dos direitos fundamentais constitucionais, seja entre os próprios direitos fundamentais, seja entre estes e outros valores constitucionais.

Para equacionar a colisão de direitos fundamentais, bem como para confirmar a validade ou não do ato estatal que tenha por finalidade restringir direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional vem utilizando diversos parâmetros, dentre os quais se destacam (a) a utilização da regra da proporcionalidade(32) e (b) a necessária ponderação dos interesses envolvidos.

O dever da proporcionalidade, denominado por parte da doutrina de princípio(33) da proporcionalidade e por parte da doutrina como regra,(34) surgiu como técnica de controle e limite ao direito de polícia da Administração Pública e assume, hoje, posição de destaque no Direito Constitucional contemporâneo, especialmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, quer nas hipóteses de restrição aos direitos promovidas no âmbito do Executivo ou do Legislativo, quer na busca de soluções para as colisões existentes no momento de sua concretização, no âmbito do Poder Judiciário.

A aplicação da proporcionalidade pressupõe a estruturação de uma relação entre meio e fim, em que o fim é o objetivo perseguido pela limitação e o meio é a própria decisão normativa, que limita o direito para que se alcance o fim almejado. A regra da proporcionalidade atua exatamente no sentido de que a relação entre meio e fim seja proporcional, razoável e sem excessos(35) ou, em outros termos, necessária e adequada,(36) conforme define Luís Virgílio Afonso da Silva:

“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de

um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou de outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma 'restrição às restrições'. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade".(37)

A partir da segunda metade do século XX, a proporcionalidade logrou êxito de reconhecimento na seara constitucional, especialmente a partir da doutrina alemã, havendo o Tribunal Constitucional Alemão firmado o entendimento de que a proporcionalidade é constituída por três regras, quais sejam, a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com o referido Tribunal, o meio é (i) adequado quando capaz de atingir a finalidade desejada; (ii) necessário se não existir outro que cause um mal menor e (iii) proporcional em sentido estrito se a realização daquele fim procurou limitar ou sacrificar o menos possível o outro bem ou direito fundamental em colisão.

A adequação e a necessidade referem-se aos pressupostos fáticos, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito diz com os pressupostos jurídicos da situação analisada,(38) sendo certo que, para que uma limitação a direito fundamental seja considerada proporcional, imprescindível que satisfaça, nesta ordem, um a um dos requisitos.

A idéia de adequação impõe que se verifique, no caso concreto, a aptidão para alcançar a finalidade que pretende. Deve-se aferir, neste ponto, se a medida é idônea para o fim perseguido, se é capaz de propiciar o resultado perseguido. Não há, aqui, nenhuma análise acerca da maior ou menor restrição, que é objeto da análise referente à necessidade, conforme anota Willis Santiago Guerra Filho:

"para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objetivo (zielkonformität) e a 'prestabilidade' para atingir o fim (zwecktauglichkeit) da medida".(39)

A exigência da necessidade estabelece que a restrição aos direitos fundamentais deve ser a menor possível. Havendo mais de uma medida adequada para determinado fim, deve-se optar por aquela que seja menos restritiva, menos gravosa, ao direito em questão.

Por fim, o terceiro postulado integrante da proporcionalidade, denominado de proporcionalidade em sentido estrito, implica que os meios escolhidos devem manter relação de razoabilidade com o fim perseguido, ou seja, meios e fins devem ser analisados e ponderados para que, ao final, seja possível concluir acerca da proporcionalidade da medida.

A rigor, é por meio da proporcionalidade que a ponderação de bens é realizada. É a proporcionalidade em sentido estrito que permite o “sopesamento” dos bens e interesses envolvidos na colisão de direitos fundamentais, conforme assinala Willis Santiago Guerra Filho, a propósito do princípio da proporcionalidade,

“é ele que permite fazer o sopesamento (Abwägung, balancing), dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito”. (40)

No mesmo sentido, Wilson Steinmetz, citando Alexy, assinala:

“(...) a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (...). Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação, porque proclama ‘la valoración y ponderación recíproca de todos los bienes involucrados, tanto de los que justifican el límite como de los que se ven afectados por ellos, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso’.” (41)

Ainda sobre o tema, Daniel Sarmento, em obra específica sobre a ponderação de interesses, observa:

“O princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subseqüentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação. Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda.” (42)

O desafio do intérprete é, pois, encontrar sempre a melhor solução, sopesando os interesses e atribuindo a cada um dos princípios envolvidos a maior eficácia possível, não desprezando a força normativa de que são dotadas as normas constitucionais. Além disso, deve considerar que quanto maior é o grau de não satisfação ou de

afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.(43)

A restrição imposta a cada um dos interesses envolvidos no conflito só se justifica se for considerada apta e necessária para garantir o exercício dos direitos contrapostos, devendo a restrição ou afetação de um dos interesses ser compensada pelo grau de satisfação do outro.(44)

Em decorrência, o intérprete deve levar em conta os resultados de sua decisão e, entre as escolhas possíveis, optar por aquela cujo resultado lhe pareça mais adequado, mais necessário e mais razoável, aliando as disposições normativas vigentes à "justeza" da decisão, seguindo a tônica do direito contemporâneo, que, de acordo com Chaïm Perelman, "busca uma solução que seja não só conforme a lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, ou, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor."(45)

Nesta perspectiva, a importância da utilização da proporcionalidade na solução dos conflitos entre princípios constitucionais, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, não reside em apontar um único resultado possível, mas sim em orientar o intérprete e o aplicador do direito na busca de um resultado racionalmente justificado, postulado essencial do Estado de Direito.

Isso não significa que as decisões judiciais dependam de critérios individuais, nem indica um retorno ao direito natural, ideologia dominante durante os séculos XVII e XVIII, mas sim uma reação à concepção positivista,(46) legalista e estatizante do direito,(47) na qual a aplicação da norma ao caso concreto resumia-se a mero processo de subsunção.(48)

Partindo do pressuposto de que todas as decisões judiciais devem ser lógica e necessariamente fundamentadas,(49) sendo esta uma das garantias essenciais do Estado de Direito,(50) o que se pretende é exatamente que estejam ancoradas nos princípios e regras da Constituição, que refletem os valores compartilhados pela sociedade, e não em juízos de valores subjetivos e individuais, que não só fogem à possibilidade de controle, mas também à lógica do razoável.(51)

Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales.

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. v. I. jul. 2001. Disponível em: Acesso em: 20 fev. 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.

BARROS, Suzana de Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOURETZ, Pierre (org.). La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains. Paris: Editions Esprit, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistêmico e conceito de sistema na Ciência do Direito. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.

COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2002.

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio. Milão: Giuffrè, 1952.

DA SILVA, Luis Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6. ed. Tradução de J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, J. Derecho y moral. In: Facticidad y Validez.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Boletim IOB, n. 14, 2000.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. abr. 2002.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEWHEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Notas:

1. Sobre a idéia de bem, escreve Aristóteles: "(...) posto que toda ação de conhecer e toda intenção deliberada estão dirigidas à consecução de algum bem, examinemos o que cumpre declararmos como sendo a meta da política, ou seja, qual o mais elevado entre todos os bens cuja obtenção pode ser realizada pela ação. Verbalmente, é-nos possível afirmar que a maioria esmagadora da espécie humana está de acordo no que tange a isso, pois tanto a multidão quanto as pessoas refinadas a ele se referem como a felicidade e identificam o viver bem ou o dar-se bem com o ser feliz". (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Edipro, 2002. p. 42.)

2. Neste sentido, anota Gisele Cittadino: "A despeito das diferentes maneiras através das quais descrevem e compreendem as sociedades

democráticas contemporâneas, liberais, comunitários e crítico-deliberativos acreditam que é possível formular e justificar um ideal de justiça – especialmente de justiça distributiva – adequado ao pluralismo do mundo moderno.” (CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 02)

3. SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 20 e 21.

4. Sobre o assunto, ver HABERMAS, J., Derecho y moral. In: Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

5. Sobre o positivismo e o problema da razão prática, vale conferir o texto de Sérgio Paulo Rouanet, “Ética iluminista e ética discursiva”, em que consta: “O positivismo abole a distinção entre a razão teórica e a razão prática e só admite a primeira. Com o desaparecimento da razão prática, o reino das normas e dos fins deixa de ser acessível à razão, pois esta, reduzida à razão científica, só tem competência sobre as proposições analíticas da lógica e da matemática e sobre as proposições sintéticas relativas ao mundo dos fatos. As proposições normativas escapam a essas duas esferas”. (ROUANET, Sérgio Paulo. Ética iluminista e ética discursiva. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. n 98, jul./set., p. 23-78.)

6. De acordo com Habermas, “la legalidad solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables de los discursos morales”. (HABERMAS, J., Derecho y moral. In: Facticidad y Validez, op. cit., p. 557.)

7. Para uma visão panorâmica sobre o debate contemporâneo sobre a legitimidade e a legalidade, BOURETZ, Pierre (org.). La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains. Paris: Editions Esprit, 1991.

8. Esta não foi a realidade dos Estados Unidos, onde, já no início do século XIX, a Constituição era considerada norma jurídica superior no âmbito do ordenamento jurídico.

9. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 56.

10. Luís Roberto Barroso aponta quatro traços distintivos das normas constitucionais, a saber, (i) a superioridade hierárquica, (ii) a natureza da linguagem, (iii) o conteúdo específico e (iv) o caráter

político. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 101.

11. Sobre a idéia de valor, ver REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

12. Nesse sentido, Perelman afirma: "Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça". (PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 95.)

13. Atualmente, são freqüentes ações judiciais que têm por objeto exigir o cumprimento de prestações pelo Estado, tais como a saúde, a educação etc. Essa é uma decorrência natural da normatividade da Constituição. Ora, se a Constituição, norma que é, assegurou a todos o acesso à saúde ou à educação fundamental, não pode o Poder Público furtar-se à sua realização, sob pena de grave violação da norma fundamental. Contudo, se assim ocorrer, poderá o cidadão reclamar a sua prestação junto ao Poder Judiciário, cujo acesso é garantido pela própria Constituição, nos termos do art. 5º, XXXV, que dispõe: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

14. RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

15. A classificação das normas em princípios e regras é abordada por inúmeros autores. No Brasil, pode-se citar BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003; COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: RT, 1999.

16. Sobre o assunto, ver FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, op. cit., p. 25 e 26. De acordo com o autor, "A concepção forte dos princípios parte do ponto de

vista de que entre princípios e regras há uma distinção lógica e qualitativa, enquanto normas jurídicas que apresentam entre si clara e radical distinção estrutural. Tal concepção dos princípios é útil para demonstrar que a ordem jurídica não se restringe as pautas que encontram um certo respaldo institucional explícito em regras jurídicas, porém que se estende ao mundo dos valores éticos, políticos, etc., representados pelos princípios. Além disso, a concepção forte dos princípios oferece subsídios para a racionalidade da argumentação jurídica nos chamados *hard cases*".

17. Sobre o conceito de sistema jurídico e a sua relação com os princípios, vale conferir CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

18. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 25.

19. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fudamentales*, op. cit., p. 86.

20. Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 47.

21. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fudamentales*, op. cit., p. 112.

22. De acordo com Humberto Ávila, esses critérios indicam características importantes das normas jurídicas, contudo a análise mais detalhada de cada um deles demonstra que, de certa forma, são insuficientes para a distinção entre princípio e regra e, em alguns casos, termina por afirmar como necessárias características que são contingentes nas referidas normas. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*, op. cit., p. 16.)

23. Canotilho aponta cinco critérios para distinguir regras e princípios: "a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de

Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados na idéia de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'idéia de direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são fundamento das regras, isto é, uma função normogenética fundamentante". (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, op. cit., p.166/167.) Escrevem sobre o assunto MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II. e CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio. Milão: Giuffrè, 1952. No Brasil, oferecem critérios para distinção entre princípios e regras ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios, op. cit. e BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana, op cit.

24. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 748.

25. Segundo expressão utilizada por Paulo Bonavides.

26. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, op. cit., p. 93/94.

27. Segundo Gisele Cittadino, é possível falar sobre a existência de um "constitucionalismo comunitário brasileiro", cujos representantes – dentre os quais, José Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari e Eduardo Seabra Fagundes – participaram ativamente do processo constituinte dos anos 80 e exerceram grande influência sobre a elaboração do texto constitucional: "É tão significativa a influência do pensamento comunitário nos trabalhos desses autores – ainda que a adoção das concepções e compromissos comunitários derive do constitucionalismo ibérico – que nos parece razoável designá-los como representantes do 'constitucionalismo comunitário brasileiro', embora seja importante ressaltar que esses autores não se apresentem como representantes do pensamento comunitário". (CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, op. cit., p. 3/4.) No mesmo sentido, SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 125 e seguintes.

28. A esta conclusão pode-se chegar pela leitura do art. 1º da Constituição Federal, no qual estão enumerados os fundamentos da República Federativa do Brasil, onde consta, expressamente, a dignidade da pessoa humana.

29. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 13 et. seq.
30. A escola positivista, ideologia dominante até o final da 2ª Guerra, tem como seu principal representante Hans Kelsen e caracteriza-se, principalmente, por compreender o direito como um sistema fechado, no qual há completa separação entre os planos do “ser” e do “dever ser”. Além disso, nega qualquer relação entre direito e moral, exclui a razão prática da metodologia do direito e elimina do direito qualquer concepção substantiva de justiça.
31. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1997. 3. ed. p. 298.
32. É corrente a utilização da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos, havendo mesmo quem afirme que o princípio da proporcionalidade construído pela doutrina germânica corresponde ao princípio da razoabilidade elaborado pelos norte-americanos. Neste sentido, escrevem, dentre outros, BARROS, Suzana de Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 59. e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 204. Em sentido contrário ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. v. I. jul. 2001. Disponível em: Acesso em: 20 fev. 2004; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. abr. 2002. p. 23-50; STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 183; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.
33. A expressão princípio é utilizada com o significado de “disposição fundamental”.
34. Não se pretende, aqui, discorrer sobre as diferenças apontadas pela doutrina no que se refere à terminologia adotada para tratar da proporcionalidade, apenas mencionar que a busca pela proporcionalidade entre meios e fins deve ser uma das preocupações do intérprete que pretende solucionar as tensões existentes entre direitos fundamentais, cuja solução, na maior parte das vezes, importa em alguma restrição aos mesmos.

35. De fato, para a maior parte da doutrina a proporcionalidade é instrumento utilizado no controle contra os excessos dos atos estatais. Neste sentido, manifestam-se CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1996. (p. 259); MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Boletim IOB. n. 14, 2000. p. 372; e STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148. De outra parte, parece importante a observação feita por Luis Virgílio Afonso da Silva no sentido de distinguir a proporcionalidade do conceito de proibição de excessos. De acordo com o autor, a proporcionalidade deve ser aplicada não apenas como instrumento de controle contra os “excessos” dos atos estatais, mas também como instrumento contra a omissão do poder público ou contra a ação insuficiente, portanto, também desproporcional, do Estado, o que, por si só, exclui a possibilidade de se utilizar como sinônimos as expressões “proporcionalidade” e “proibição de excesso”. Sobre o assunto, escreve o autor: “(...) a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso”. (DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, op. cit., p. 27.)

36. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade, op. cit., p. 149.

37. DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, op. cit., p. 24.

38. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fudamentales, op. cit., p. 114-115.

39. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 29.

40. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 66.

41. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade, op. cit., p. 153.

42. SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal, op. cit., p. 96.

43. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fudamentales, op. cit.,. p. 112.
44. SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal, op. cit., p. 96.
45. PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica, op. cit., p. 184.
46. O positivismo foi a ideologia dominante no século XIX e na primeira metade do século XX.
47. PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica, op. cit., p. 96.
48. PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica, op. cit., p.93.
49. Sobre a necessidade de fundação lógica e razoável, ver ALEXY, Robert. Teoria de la Argumentación Jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999 e VIEWHEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
50. No Brasil, a obrigatoriedade das fundamentações da decisões judiciais é regra expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, que dispõe: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes."
51. Conforme anota Celso Lafer, "o razoável não se confunde nem com o racional nem com o irracional. O racional está vinculado, como aponta Perelman, aos critérios bem conhecidos pela tradição filosófica de verdade, coerência e eficiência. A ele se opõe, dicotomicamente, o irracional que, por não estar conforme a razão, é tido como não verdadeiro, incoerente e ineficaz para o bom método. Já o razoável, ainda que não se oponha ao racional, está mais próximo do bom senso da razão prática e do sentido de medida daquilo que é aceitável num determinado meio social e num dado momento. No logos do Direito, é usual a presença da noção do razoável. De fato, a busca do equilíbrio entre interesses contrapostos, para juris-dicere, é o que caracteriza a juris-prudentia, pois é a prudência do Direito que anima, na solução dos jurisconsultos romanos, que marcam a tradição ocidental, os jurisperitos na busca das soluções possíveis para o bom e o justo. (...) O razoável é uma noção de conteúdo variável, pois tem como uma de suas funções recorrer ao bom senso para adequar um comportamento às circunstâncias, buscando uma pluralidade de soluções possíveis. Existe, no entanto, um limite à

amplitude dessas soluções, dentre as quais se alimenta a prudência do direito. Esse limite é dado por aquilo que,